

EL QUEBRANTAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.

NEYDY CASILLAS*

Abstract: La opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la solicitud formulada por el gobierno de Costa Rica respecto de la interpretación de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana, presenta graves vicios que vulneran principios elementales del derecho internacional, tales como el de soberanía y autodeterminación de los estados. El presente artículo se dirige a exponer algunos problemas de fondo advertidos en el documento publicado por la Corte, así como muy probables consecuencias nocivas a generarse para el orden público internacional.

El 18 de mayo de 2016, el gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”) la emisión de una opinión consultiva respecto de la interpretación de los artículos 11.2¹, 18² y 24³ de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”), también conocida como “Pacto de San José”, en relación con el artículo 1⁴ del mismo tratado, y la compatibilidad de las referidas disposiciones con la legislación nacional costarricense.

1. *“Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;*

2. *“En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que*

* Neydy Casillas es, representante de Alliance Defending Freedom International, con Sede En Washington. El presente trabajo tiene origen en la conferencia dictada en la Universidad de Montevideo, el 8 de marzo de 2018, sobre «Los “nuevos derechos” y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica»

1 Artículo 11.2 de la Convención Americana: “Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

2 Artículo 18 de la Convención Americana: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

3 Artículo 24 de la Convención Americana: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

4 Artículo 1 de la Convención Americana: “Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;

3. *“¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;*

4. *“Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y*

5. *“En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.*

En el presente artículo expondremos algunos de los problemas de fondo que observamos en el pronunciamiento de la opinión consultiva de la Corte, así como el impacto que ellos causarán en la autodeterminación, independencia y democracia de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “la OEA”).

Introducción.

La figura de la opinión consultiva se encuentra contemplada por el artículo 64⁵ de la Convención Americana, el cual contempla la facultad de los Estados miembros de la OEA para consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana, o bien de otros tratados concernientes a los derechos humanos para las Américas⁶. En otras palabras, esta disposición le confiere un derecho al Estado para solicitar una opinión de la Corte en su función coadyuvante a la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, imponiendo a la Corte una carga ilustrativa.

Es importante resaltar que la Convención de Derechos Humanos, sentó las bases del sistema legal escrito respecto de la promoción y protección de los derechos humanos en el hemisferio. En ella se consignan las obligaciones que los Estados adquieren al firmar y ratificar este tratado, a fin de que exista una constancia escrita, a forma de contrato, respecto de los derechos y obligaciones que se crean para las Estados firmantes. Lo anterior se desarrolla en concordancia y a fin de dar cumplimiento a los principios del derecho internacional recopilados en el literal b) del artículo 3 de la Carta de la OEA, el cual establece:

5 Artículo 64 de la Convención Americana: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. [...] 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

6 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

“El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.”⁷

Este principio es una garantía que se les otorga a los Estados por la cual se avala que la adhesión a un tratado no implica la subordinación absoluta de su soberanía, sino única y exclusivamente en los términos que se receptan en el tratado firmado. Los Estados en todo momento mantienen la capacidad de regirse bajo sus propias leyes como parte de un derecho propio de todo pueblo a la autodeterminación.⁸ Una segunda garantía que otorga el derecho internacional para reforzar la independencia y autodeterminación de los Estados, es la existencia de las reglas de interpretación de los tratados. Sin ellas, se dejaría sin certeza jurídica a los Estados suscriptores de diversos instrumentos internacionales de carácter vinculante, en tanto la interpretación de los mismos sería subjetiva, pudiendo depender del juez de turno, y no objetiva y de acuerdo a la voluntad expresada por los Estados.

Tanto la Convención Americana como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y la misma Carta de la OEA, contienen los principios y garantías que marcan la competencia y los límites que tienen la OEA y los organismos que integran su estructura -tales como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos-, a fin de que estos no intervengan en los asuntos internos de los Estados, respetando su función subsidiaria y coadyuvante a la labor de aquéllos.

De hecho, los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen y resguardan principios como el de igualdad soberana, el de no intervención en los asuntos internos de los Estados, el de autodeterminación de los pueblos, y el de integridad territorial.⁹ Pretender minimizar los alcances de la soberanía de los Estados sobre la base de la existencia de una comunidad internacional resulta en una incongruencia, en tanto es precisamente la soberanía estatal la que permite el mantenimiento de dicha comunidad.¹⁰

7 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20II

8 En palabras de ciertos estudiosos, “soberanía es el poder que tiene el Estado para autodeterminarse en sus asuntos internos y para defender su independencia e igualdad ante otros Estados igualmente soberanos”. BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, p. 63.

9 BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, p. 62.

10 Tal como explican Manuel Becerra y otros autores: “Es gracias al concepto de soberanía que el derecho internacional existe y puede entenderse la «igualdad soberana», la autodeterminación de los pueblos, la integridad territorial, la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la no intervención en los asuntos internos de cada uno de los Estados, entre otros muchos principios que son reconocidos por los sujetos del derecho internacional.” Véase: BECERRA RAMÍREZ, Manuel; POVEDANO AMEZOLA, Adriana; TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn. “La soberanía en la era de la globalización”, en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, pp. 63-64.

De igual manera, explica Luis Carlos Moreno que “es en ejercicio de la soberanía como un Estado voluntariamente asume el

Resulta alarmante que las garantías que reconoce el derecho internacional a los Estados hayan sido violentadas por la Corte en la respuesta emitida ante la petición sometida por el Estado de Costa Rica. A continuación, se presenta un detalle de los vicios de fondo que existen en la opinión de la Corte, luego de lo cual se exponen algunas consideraciones respecto del impacto que tales vicios están teniendo en el orden jurídico internacional y la independencia de los pueblos.

1. Vicios en el proceso de admisibilidad.

Recientemente en una opinión sometida a la Corte en el año 2016, esta se pronunció sobre algunas de las razones por las que se debía rechazar una solicitud de opinión consultiva¹¹, siendo que dos de los criterios creados por la misma Corte resultan relevantes para nuestro caso:

a) no debe encubrir un caso contencioso pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso

c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno;

La Corte, ignorando los criterios creados por ella misma, dio admisión a la solicitud de Costa Rica a pesar de que debido a la temática sobre la que versaba la opinión existían casos sobre la materia en el sistema interamericano, que eventualmente podrían haber llegado a la Corte como casos contenciosos.

Adicionalmente debe hacerse mención a la existencia de un debate político en el Congreso de Costa Rica respecto de distintas iniciativas traídas puestas sobre la mesa; en particular, hacemos referencia a la propuesta N° 19.841, de una “ley para el reconocimiento de la identidad de género e igualdad ante la ley”, ingresada a la asamblea el 25 de enero de 2016, así como a la propuesta N° 16.390, de una “ley de uniones civiles de Costa Rica”, siendo que ambas iniciativas tenían relación directa con la materia objeto de la solicitud de opinión consultiva formulada por el Estado de Costa Rica. La Corte, yendo en contra de su propia y reciente jurisprudencia, aceptó la solicitud de opinión consultiva, ignorando que claramente su opinión interferiría con un debate y un proceso

compromiso de integrarse a una organización multilateral o formar parte de un bloque comercial regional, es decir, precisamente por su carácter de soberano el Estado puede asumir compromisos internacionales.” Véase: MORENO DURAZO, Luis Carlos. “Soberanía Nacional, Globalización y Regionalización”, en: El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional, Universidad Nacional Autónoma de México, The American Society of International Law, México, 1997, p. 266.

En la misma línea, sostiene Klaus Müller que “la protección eficaz de los derechos no se puede garantizar sin hacer referencia a la existencia de los Estados soberanos. La ONU no puede promover la protección jurídica del hombre sin el acuerdo de aquellos sujetos reales competentes para garantizar lo que manifiesta la organización internacional como fin. Los Estados soberanos permanecen como sujetos del derecho internacional. La soberanía implica una autoridad política central constituida por el gobierno que representa al Estado con facultades internas y externas. Como tal, la soberanía sostiene el concepto del derecho en general y el del derecho internacional en particular.” Véase: MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor, “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización”. en: BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus Theodor (coords.), Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Estudios Superiores ACATLÁN, México, 2010, p. 48.

11 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Junio 23, 2016 en relación a la petición de opinión consultiva presentada por el Secretario General de la OEA, considerando sexto

político interno, el cual debía llevarse a cabo en el marco de una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos estuvieran representados a través de parlamentarios elegidos por ellos mismos para la aprobación de las normas que los regirían. Tal interferencia de la Corte claramente rompe con las garantías de proceso legal establecidas por el orden internacional, el cual establece límites para los organismos internacionales, no siendo estos soberanos ni supremos, sino más bien de rol subsidiario al de los Estados que les dieron facultades.

Cualquier interpretación distinta de la expuesta conllevaría a pretender que no existe algún asunto exclusivo de jurisdicción interna de los Estados, también conocida como doméstica, de dominio reservado o margen de apreciación. Desconocer dicha aptitud de los Estados implicaría abolir los parlamentos electos mediante el voto democrático de los ciudadanos o, en su faz menos grave, reducirlos a meros reglamentadores. Lo cierto es que la competencia legislativa está expresamente reservada a los Estados; por lo que en ningún supuesto una opinión consultiva puede adquirir una función normativa, ya que ello contrariaría el designio expreso de los Estados miembros al momento de ratificar la Convención Americana.

2. Vicios en la interpretación.

Las reglas de interpretación que existen en el derecho internacional son una garantía legal y de certeza jurídica para los Estados que se hacen partes de un tratado, para lo cual cada uno de ellos lleva a cabo proceso legislativo interno que asegura la compatibilidad de su legislación doméstica con el tratado.

Cierto es que los tratados, como todas las leyes, están sujetos a interpretación; sin embargo, esta interpretación nunca puede ser libre o dejada en forma exclusiva al juez. Ello supondría caer en cierta subjetividad, dando lugar a contradicciones jurídicas. En atención a ello, el fin de la interpretación no puede ser otro que el de desentrañar armónicamente el espíritu de la norma junto con el resto del corpus jurídico que a contiene. En ese contexto, la interpretación de los tratados está sujeta a una serie de reglas, acordadas por los Estados, mediante las cuales se estipulan y limitan los criterios de aplicación de las normas.

“Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe¹²”, reza la Convención de Viena de Derecho de los Tratados en su sección inicial, referida a la observancia e interpretación. Este principio es muy claro: la buena fe debe existir en ambas partes; en este caso, en la Corte y en los Estados. Si las obligaciones no hubieran sido expresamente asumidas por el Estado, sino que dimanaran de una interpretación efectuada por la Corte ¿cómo podremos exigir al Estado que cumpla una obligación de la cual no tenía conocimiento?

Si bien en su opinión consultiva, la Corte hace mención a los artículos referentes a las reglas de interpretación contenidos tanto por la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados como por la Convención Americana; al momento de hacer la valoración

12 Convención de Viena sobre los tratados. **Observancia de los tratados. Artículo 26. "Pacta sunt servanda"**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

de la reglas de interpretación la Corte se limita a considerar y exponer únicamente una breve parte de lo establecido por la Convención Americana:

... *“Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29¹³, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

Dejando completamente de lado lo dispuesto por la Convención de Viena, la Corte continúa exponiendo:

... *“la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”*

En otras palabras, la Corte no sólo hace caso omiso de las reglas vinculantes de interpretación, sino que, *ultra vires*, establece sus propias reglas, no contenidas en ningún tratado internacional ni consensuadas por los Estados, y se auto atribuye interpretaciones bajo la justificación de que la Convención Americana es un instrumento vivo. Si ello fuese cierto, significaría que de nada sirve que exista un acuerdo entre las partes sobre los términos bajo los cuales se están obligando, ya que al final del día será la Corte quien, bajo la justificación de interpretaciones “progresivas”, “evolutivas” o “el carácter vivo que le atribuye a la Convención”, emitirá y creará nuevos derechos –y, por ende, obligaciones– para las partes.

Tal como lo expresó el Juez Pérez Pérez en su voto disidente en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, no se puede usar como excusa única la idea de la interpretación evolutiva para justificar cualquier interpretación que no vaya acompañada del sentido original o bien que exista una pauta sobre la existencia de un consenso en los países.

“Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes...”¹⁴

13 Artículo 29 de la Convención Americana: “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

14 Voto parcialmente disidente del juez Alberto Perez Perez, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. 24 de febrero de 2012.

En este mismo sentido el Juez Vio Grossi, en su voto disidente en el caso Alberto Duque vs. Colombia, se refiere al tema de la interpretación evolutiva y explica:

“la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas”.

—La cuestión de las llamadas “orientación sexual” e “identidad de género”, y aún más la de las uniones entre personas del mismo sexo, configuran temas respecto de los cuales los países de la región se encuentran en muy diferentes etapas de aproximación; por lo que no puede hablarse de una unidad ni mucho menos de un consenso regional, como para que la Corte pueda pronunciarse de forma unánime para toda la región. Tan es así, que tenemos países como Argentina o Uruguay en donde las uniones entre personas del mismo sexo están permitidas, pero también tenemos una gran mayoría de países de la región cuya legislación es nula respecto del tema.

Mientras la Corte Interamericana pretende imponer derechos ignorando la falta de consenso y la realidad interna de cada país; tenemos a la Corte Europea¹⁵, la cual, en una postura más seria e imparcial, considera los casos que le corresponde conocer en esta materia, haciendo una valoración de los argumentos del caso, su impacto en la realidad y tomando en cuenta la identidad de cada estado. Es decir, la Corte Europea toma en cuenta la autodeterminación del estado y aborda el tema con el ánimo de velar por los derechos que necesitan ser protegidos; pero nunca trata de imponer un criterio único y general a toda la región que su jurisdicción abarca. De hecho, la Corte Europea, reconociendo la falta de consenso que existe en el tema en cuestión, y con el fin de mantener y respetar la autodeterminación de los países, aplica el **principio del margen de apreciación**, el cual otorga a los países un cierto espacio en el que pueden moverse para lograr la protección de los derechos humanos en consonancia con su ley nacional. La tendencia de la Corte Europea¹⁶ ha sido la de considerar cada uno de los casos que le corresponde conocer en particular y siempre aplicando el margen de apreciación como un principio que le permite seguir protegiendo los derechos fundamentales de las personas, y a la vez la independencia y soberanía de cada país. Es otras palabras cumple con su rol subsidiario y no atenta con ser la Corte Suprema del continente.

De manera muy distinta, la Corte Interamericana pretende imponer su interpretación aplicando el llamado “control de convencionalidad”, un principio creado por la misma corte, sin la anuencia de los estados. Este principio propone que los poderes judiciales y demás poderes que tengan la facultad de decidir sobre un caso concreto, deban tomar en cuenta no solamente lo establecido por la Convención Americana, sino también las interpretaciones que al respecto haga la Corte Interamericana¹⁷.

15 Ver caso

16 Ver caso

17 ... el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe

Lo anterior ha sido impulsado por la Corte a pesar de que la propia Convención Americana es muy clara en su artículo 68 en el sentido de que las decisiones de la Corte vinculan únicamente al estado parte del caso¹⁸.

Mientras que la Corte Europea trata de mantener un respeto al orden jurídico interno y al derecho internacional, la Corte Interamericana cada día da un paso más adelante inmiscuyéndose en los asuntos internos de las naciones; al crear principios, reglas e incluso derechos **que no han sido acordados** por los estados.

La interpretación no puede, pues, avanzar a simple capricho de la Corte Interamericana; sino que está obligada a respetar la independencia de los Estados. Cabe observar que malamente los Estados, al no entrar a analizar los contenidos emitidos por la Corte, están permitiendo el atropello de funciones internas e, incluso, de autoridades internas. Ya no es el poder legislativo quien decide en nombre del pueblo las leyes que marcarán su independencia, sino que es la Corte quien, bajo la excusa de interpretaciones evolutivas, decide por el pueblo.

Aún más preocupantes son los documentos a los que se refiere la Corte para justificar falsas obligaciones de los Estados. Mención especial de estas no-fuentes del derecho merecen los autoproclamados “Principios de Yogyakarta”; un **documento privado** realizado en una reunión auto-convocada de particulares, quienes redactaron una serie de directrices con pretensión de fuerza imperativa internacional, tal como sugiere su redacción. La opinión consultiva de la Corte cita estos principios *veinte veces* e, incluso incurriendo en la audacia jurídica, señala:

“los principios de Yogyakarta plantean la obligación a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”

La Corte en su valoración pretende otorgar la misma fuerza legal que los tratados consensuados y aprobados mediante un proceso legislativo, que a principios o criterios particulares, en cuyo nacimiento no hubo participación alguna de los estados, es decir, el criterio de un grupo de personas se impone sobre la ley y sobre la autodeterminación de los pueblos. Los principios de Yogyakarta fueron redactados por un pequeño grupo de personas (16 asistentes a la reunión) que militaban por el tema de la orientación sexual y la identidad de género. Sin embargo, hoy en día se quiere dar a los referidos principios un carácter vinculante, violentando así cualquier principio de derecho y no solo de derecho internacional.

tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

18 Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a **cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.** (resaltado nuestro)
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Además de los principios ya mencionados, la Corte se refiere a una serie de resoluciones las cuales no son vinculantes a los estados y algún de ellas cuentan con reservas de los países o, incluso, carecen validez por todos los países, al no haber acuerdo internacional respecto del tema. Sin embargo, la Corte se refiere a dichas resoluciones para intentar aparentar un acuerdo de los países y así justificar sus interpretaciones ultra vires.

Vicios respecto de la jurisdicción.

Igual de preocupantes son los trasposos que existen en la opinión consultiva de la Corte Interamericana respecto de la jurisdicción que ella abarca, al pretender que todos los Estados, incluso aquellos que no están bajo su jurisdicción, adopten la interpretación que hace de la Convención Americana a solicitud de un estado en particular. A ello se aúna el pedido de la Corte a los estados para que lleven a cabo el control de convencionalidad, para así asegurarse de que los estados adapten su legislación interna a lo decidido por la Corte, a pesar de no ser vinculante.

En primer lugar, debemos distinguir que la naturaleza de la Corte Interamericana es subsidiaria; es decir, los países al firmar el tratado, y bajo el *pacta sunt servanda*, deben asegurarse de respetar los términos del instrumento y, de forma progresiva si es necesario y en respeto del orden jurídico interno, adaptar su legislación a fin de dar cabal cumplimiento a lo acordado. El papel de la Corte en este sentido se limita únicamente al de un ente coadyuvante de la labor del Estado, siendo que entrará a conocer el tema: a) porque le compete o b) porque el estado no está cumpliendo las obligaciones a las que expresamente se adhirió. Pero la Corte no es en modo alguno una corte supra nacional, es decir, una cuarta instancia que pueda ser utilizada para menoscabar el equilibrio de poderes interno de los estados.

De lo anterior dimana el hecho de que una opinión consultiva de la Corte no sea una sentencia, ya que se trata del ejercicio de una competencia no contenciosa. De acuerdo con el artículo 68 de la Convención Americana, los estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte únicamente respecto de los casos en que hayan sido partes.

La Corte, al dictar una sentencia, producto de un caso contencioso, tiene en principio la potestad de supervisar periódicamente el cumplimiento de la misma e incluso de emitir resoluciones de cumplimiento en tanto el Estado no cumpla en su integridad con la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las opiniones consultivas, la Corte no se mantiene vigilante de su cumplimiento ni debe o puede emitir resoluciones al respecto, simplemente porque no hay una obligación jurídica a la que el estado esté obligado.

Pretender dotar de fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la Corte, implicaría una desnaturalización impropia de los orígenes y sentido de dicho instituto. La Corte, abusando de sus facultades expresa en el parágrafo 27 de su opinión consultiva que:

28. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevan-

cia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA¹⁹, así como para los órganos Miembros de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

Más allá de nuestras preferencias personales, grupales o tribales, el único derecho internacional que obliga a quienes no se obligaron libremente es el derecho de conquista en guerra, el cual ya es considerado prohibido por el *ius cogens* internacional, y ha sido reprimido en la historia moderna. Pretender convertir opiniones en cuestiones vinculantes, incluso para Estados que no las han aceptado, constituye un avasallamiento del Estado de Derecho y un germen de la imposición violenta de las normas.

La obligación de no judicialización como negación del Derecho

Resulta importante enfatizar que la Corte carece de jurisdicción para modificar asuntos reservados a la legislación interna de los países mediante interpretaciones fuera de las reglas establecidas. Pero más ilógico resulta que además, pretenda imponer criterios mediante la prohibición de judicialización de ciertos actos, siguiendo una corriente del derecho que²⁰, al no poder obtener sus pretensiones legales por el correspondiente cauce democrático parlamentario, intenta conseguir el reconocimiento de estas mediante el activismo judicial de magistrados que se convierten en militantes de causas, en lugar de ser juzgadores imparciales.

Esto se visibiliza claramente en el párrafo 160, cuando la Corte responde a la pregunta sobre procedimiento, que Costa Rica hace en los siguientes términos: “¿se podría considerar contrario a la [Convención Americana] que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”. La Corte expresa que un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a materializar efectivamente la expresión de un derecho constituye una limitación inadecuada para el solicitante. Este enunciado es a todas luces erróneo, ya que precisamente los jueces de los Estados están para resolver en cuestiones de armonización de derechos, oscuridad, presuntas lagunas o interpretación de las normas. La pretendida “no judicialización” implica una suerte de categoría dogmática de derechos que ni siquiera podrían sustanciarse en un proceso, demanda o litigio, y deben receptarse sin más, sin siquiera brindar a una de las partes –que pudiera tener interés legítimo en una resolución diversa– el derecho a ser oída.

Esta interpretación dogmática de las normas llega a su paroxismo cuando, en el párrafo 161, la Corte señala que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en los registros y en los documentos de identidad, para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulados por ley. Esto implicaría la adopción lisa y llana del principio de legalidad, y la receptación de

19 Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 32, y OC-22/16, párr. 25.

20 Para referencia del tema léase, Santiago Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.

un conjunto de nociones supra-jurídicas que ni siquiera precisan del derecho positivo para su operativización.

Conclusión

Los vicios formales encontrados en la Opinión de la Corte constituyen graves errores que reflejan el desapego a las normas y el Derecho, que posee este órgano jurídico, lo cual conlleva una pérdida de legitimidad y credibilidad. Un claro quebrantamiento del orden internacional establecido y acordado por los Estados, que tiene graves repercusiones para la democracia de los países de toda la región.

Es menester que los representantes de los Estados miembros, los parlamentos y los jueces nacionales, comprendan la gravedad de este tipo de resoluciones que la Corte está emitiendo, sin ningún tipo de rendición de cuentas, avasallando uno de los derechos más preciados por nosotros, ciudadanos del continente americano: nuestra libertad para tomar decisiones y elegir cómo nos queremos regir como nación.